Die Zwangsvollstreckungsstrafen der Reichszivilprozeßordnung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Walter Temper

Assessor aus Chemnitz.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0004

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Zweck der Zwangsvollstreckungsstrafen 1
§ 2. Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen 4
§ 3. Das Verhalten des Schuldners 9
§ 4. Der Wille des Schuldners 12
§ 5. Strafausschließungsgründe 15
§ 6. Prozeßunfähige und deren Vertreter 18
§ 7. Androhung der Zwangsvollstreckungsstrafen 22
§ 8. Einzelfragen des Verfahrens 27

Literaturverzeichnis.

Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden, herausgegeben von Loßnitzer und Kurtz. 1880 ff. (zit.: Annalen.)

Archiv für zivilistische Praxis, herausgegeben von Bülow u. a. 1818 ff. (zit.: Zivil. Arch.)

Begründung des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1874. (zit.: Begründung [mit den Seitenzahlen der amtlichen Ausgabe in den Drucksachen des Reichstags].)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1880 ff. (zit.: RGE.)

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1. Aufl. 1888. (zit.: Falkmann.)

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 12./13. Aufl. 1907. (zit.: Fitting.)

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8./9. Aufl. 1906/07. (zit.: Gaupp-Stein.)

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895. (zit.: Gierke.)

Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding u. a.; daraus: **Binding,** Strafrecht Bd. 1 1885; **Wach,** s. unten.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1885. (zit.: Hellmann.)

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1907. (zit.: Hellwig.)

v. Holtzendorff, Rechtslexikon. 3. Aufl. 1880/81.

Kohler, Patentrecht. 1900.

Kohler, Recht des Markenschutzes. 1884.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1907.

Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung erläutert. 5. Aufl. 1906. (zit.: Petersen.)

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1887—96. (zit.: Planck.)

Protokolle der Justizkommission des Reichstags. (zit.: Prot. [mit den Seitenzahlen der amtlichen Ausgabe in den Drucksachen des Reichstags].)

Puchelt, Die Zivilprozeßordnung. 1877/78.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Dr. Soergel, München. (zit.: Recht.)

Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung für die Praxis erläutert. 5. Aufl. 1904. (zit.: Reincke.)

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, herausgegeben von Hoffmann (Sommerlatt) und Wulfert. 1891 ff. (zit.: Sächs. Arch.)

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. 1905. (zit.: Seuffert.)

Schmidt, R., Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906. (zit.: Schmidt.)

Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung usw. 8. Aufl. 1901. (zit.: Struckmann-Koch.)

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1885. (zit.: Wach.)

Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1905. (zit.: Weismann.)

Wetzell, System des ordentlichen Prozesses. 2. Aufl. (zit.: Wetzell.)

v. Wilmowski-Levy, Die Zivilprozeßordnung usw. 6. Aufl. 1892. (zit.: v. Wilmowski-Levy.)

Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß, herausgegeben von Schultzenstein u. Vierhaus. 1879 ff. (zit.: Zeitschr.)

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, herausgegeben von v. Liszt und v. Lilienthal. 1881 ff. (zit.: Zeitschr. f. Strafrechtsw.)

Einleitung.

Die Zwangsvollstreckungsstrafen der ZPO. §§ 888—890 gehören zu einem von der Wissenschaft bisher stiefmütterlich behandelten Teile des Rechts. Weder die Wissenschaft des Strafrechts noch die des Zivilprozeßrechts sind näher auf ihre Natur eingegangen. Jede der beiden Disziplinen schob der anderen die Verpflichtung zu, die Zwangsvollstreckungsstrafen in ihr System aufzunehmen, und begnügte sich mit den für die Praxis nötigsten Hinweisen. So hat denn auch die Praxis noch nicht vermocht, die Erkenntnis von der Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen wesentlich zu fördern. Eine Fülle von beständig schwankenden und sich widersprechenden Entscheidungen blieb naturgemäß an der Erörterung des Einzelfalles haften und hatte einzig dessen Lösung im Auge. Ein erschöpfendes Eingehen auf die Eigentümlichkeiten der Zwangsvollstreckungsstrafen und die Entwicklung deren Natur daraus war dabei nicht möglich.

Von den Zwangsvollstreckungsstrafen handeln die drei §§ 888—890 ZPO. Von diesen ist der § 889 nur ein Unterfall des § 888; er handelt von der Erzwingung des auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu leistenden Offenbarungseides. Dieser gehört zu den ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängenden Handlungen. Der § 889 ist nur von der Novelle der Zivilprozeßordnung von 1898 eingefügt worden, um dem bisherigen verworrenen Zustande dieser Erzwingung der bis dahin noch nicht gleichmäßig geregelten Verpflichtung zur Leistung des bürgerlichen Offenbarungseides ein Ende zu machen. Da aber die Handlungen der §§ 888 u. 889 inhaltlich nicht verschieden sind, muß der Charakter der Strafen in beiden derselbe sein. Es konnte deshalb die Strafe des § 889 außer acht gelassen werden. Für sie gilt dasselbe wie für die des § 888.

§ 1.

Zweck der Zwangsvollstreckungsstrafen.

Die volle Erkenntnis der Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen und eine Entscheidung der bestrittenen Fragen des Ver-

fahrens ist nur möglich, wenn man sich über ihren Zweck völlig klar geworden ist.

Bei der Erörterung des Zwecks und der Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen ist nun die Wahl des Ausgangspunktes besonders wichtig. Viele haben sich insbesondere durch das Wort „Strafe" verleiten lassen. Sie haben dadurch von vornherein einen falschen Weg eingeschlagen, indem sie von rein kriminalistischen Gesichtspunkten ausgegangen sind. Damit wird sofort die Frage verdunkelt und werden den Zwangsvollstreckungsstrafen Grundgedanken untergelegt, die ihnen gar nicht eigen sind. Jedes Gesetz ist nur aus sich selbst auszulegen, und deshalb soll in folgendem eine Darstellung des Zwecks der Zwangsvollstreckungsstrafen aus dem Gesetze und seinem Zusammenhange selbst versucht werden.

Die §§ 888—890 stehen im dritten Abschnitt des achten Buches der Reichszivilprozeßordnung, der von der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen handelt. Die Zwangsvollstreckung dient dem Zwecke, dem durch vollstreckbaren Titel festgestellten privatrechtlichen Anspruche eines Rechtssubjekts gegen ein anderes zur Durchführung und Verwirklichung zu verhelfen. Einen weiteren Zweck wird niemand darin finden können. Demnach wird man auch jede einzelne Bestimmung des achten Buches der Zivilprozeßordnung auf diesen einzigen Zweck zurückführen können. Nur aus ihm als oberstem Grundgesetz lassen sich also auch die §§ 888—890 erklären.

Der Staat als Rechtsschutzgewalt hat nun ein Interesse daran, diesen Zweck auf die einfachste und auch den Schuldner am wenigsten schädigende Weise zu erreichen. Einfach war ihm die Regelung der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen im zweiten Abschnitte des achten Buches der Zivilprozeßordnung und zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen in den §§ 883—886. Da kann die Vollstreckung unmittelbar durch den Arm des Gerichtsvollziehers geschehen; richtet sie sich doch auf ein gegenständliches Objekt, mit dessen Wegnahme und eventuell Umwandlung in Geld durch Versteigerung der Zweck erreicht ist.

Aber diese unmittelbare Vollstreckung versagt, wenn es sich um Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen handelt. Hier ist der gewollte Erfolg ein gewolltes Tun oder Nichttun des Schuldners; den Willen des Schuldners kann der Gerichtsvollzieher nicht beeinflussen. So mußte denn der Gesetzgeber zu neuen Mitteln greifen, um dem vor dem Gesetze festgestellten Anspruche zur Verwirklichung zu verhelfen. Leicht war es im Falle des § 887, bei Vollstreckung eines Urteils, das auf eine

Handlung gerichtet ist, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so zu sagen: fungible Handlung. Hier stellt der dem Anspruch aus dem Urteil entgegenstehende Wille des Schuldners kein Hindernis für die Verwirklichung des Anspruchs dar. Widerstrebt er auch dessen Verwirklichung durch ihn selbst, die ja in erster Linie erwünscht erscheint, erfüllt er also die ihm im Urteil auferlegte Verpflichtung im Handeln nicht, so kann dieses Handeln ja ebensogut durch einen Dritten auf seine Kosten vorgenommen werden. Es bedarf nicht eines weiteren Druckes auf seinen Willen.

Anders ist es in den Fällen, in denen der Wille des Schuldners eine unumgängliche Vorbedingung für die Verwirklichung des Anspruchs aus dem Urteil ist. So liegt es bei den hier zu erörternden Fällen der §§ 888—890: wenn die Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann (§§ 888, 889, sogen. nicht fungible Handlung), oder wenn es sich um ein Dulden oder Unterlassen handelt (§ 890). Hier kann, wenn der im Urteil festgestellte Anspruch verwirklicht werden soll, dies nur geschehen durch Beeinflussung des entgegenstehenden Willens des Schuldners. Dies hat selbstverständlich nur Zweck, wenn dieser widerstrebende Wille das einzige Hindernis ist, d. h. wenn die Handlung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Dies ist im § 888 ausdrücklich ausgesprochen und liegt im § 889 und im § 890 in der Natur der Verpflichtung.

Es ist nun eine Frage legislatorischen Charakters, ob, inwieweit und durch welche Mittel der widerstrebende Wille des Schuldners beeinflußt werden soll.

So galt im gemeinen Recht der Grundsatz, daß die Erzwingung einer Handlung oder eines Unterlassens, zu dem ein Schuldner verurteilt war, nicht zulässig sei, daß vielmehr nur das Interesse an der Urteilserfüllung an deren Stelle trat.[1]) Ebenso bestimmt der code civil in art. 1142, daß jede Verpflichtung auf Handlungen oder Unterlassungen im Falle der Nichterfüllung sich in die Interessenforderung auflöse (vgl. auch code de procédure art. 551, 552).

Schließlich machte sich aber doch das Bedürfnis zu einer anderen Regelung geltend. Es erschien unbillig, „daß der Schuldner die Möglichkeit hatte, durch Unterlassen der Erfüllung oder durch fortgesetztes positives Handeln gegen die Verpflichtung den Gläubiger auf die Interesseforderung zu beschränken, die wegen der Insolvenz des Schuldners oder wegen der Unschätzbarkeit des Gegenstands ganz illusorisch sein kann".[2]) Deshalb gestattete schon die

[1]) Begründung S. 442.
[2]) Begründung S. 442.

Praxis des gemeinen Rechts als Ausnahme von obigem Grundsatz in geeigneten Fällen den Zwang durch Strafen.[3]) Sie konnte sich dabei mit auf den jüngsten Reichsabschied von 1654 § 162 stützen.

Insbesondere nach dem Vorgang der allgem. preuß. Gerichtsordnung I, 24 § 54 läßt denn nun auch die Zivilprozeßordnung eine Willensbeugung zu. Ihr steht das Interesse des Gläubigers an der möglichst vollkommenen Durchführung des privatrechtlichen Anspruchs gegenüber dem böswilligen Schuldner höher als das Recht des ja schon in publizistischem Interesse vielfach zum Tun und Unterlassen gezwungenen Staatsbürgers, nicht in lediglich privatrechtlichem Interesse andrer Staatsbürger in seinem Willen und seiner Freiheit beeinträchtigt zu werden.[4])

Das einzige Mittel zu der für die vollkommene Erfüllung derartiger Ansprüche unumgänglich notwendigen Willensbeugung ist aber Zwang durch Zufügung eines Übels, das dem Schuldner größer erscheint als sein Interesse an der Nichterfüllung des von ihm Geforderten. Als ein solches Übel konnte aber nur in Betracht kommen der Verlust eines Rechtsguts, am einfachsten ein Verlust am Vermögen oder an der Freiheit. Und so normiert die Zivilprozeßordnung in den §§ 880—890 Geldstrafe und Haft.

Nach dem Gesagten ist es unzweifelhaft, daß der einzige Zweck dieser Zwangsvollstreckungsstrafen der ist, die Vollstreckung privatrechtlicher Urteile, nämlich ein bestimmtes Handeln oder Nichthandeln des Schuldners, zu erzwingen. Dieser Satz ist als Grundsatz der folgenden Erörterungen festzuhalten, denn der Zweck bestimmt das Mittel, er bestimmt seine Natur und das damit anzuwendende Verfahren.

§ 2.

Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen.

Über die Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen herrschen nun die widersprechendsten Anschauungen. Diese mögen zunächst aufgeführt werden.

I. Als *reine Kriminalstrafen*, Strafen im eigentlichen Sinne, faßt *beide* Strafen in §§ 888 u. 890 *zusammen* nur K. *Schneider*[1]) uneingeschränkt auf, der sich entschieden gegen eine „privatrechtliche" Behandlung dieser „öffentlichrechtlichen"

[3]) *Wetzell* 2. Aufl. S. 591, 592 sub IV.

[4]) Diese Anschauung wird bekämpft von *Reichensperger* in den Prot. S. 413.

[1]) Zeitschr. Bd. 26 S. 448 f.

Frage wendet. Nach ihm werden sie auferlegt wegen des zur Schau getragenen Ungehorsams gegen das Urteil.

II. Alle übrigen Erklärer haben sich dagegen der Erkenntnis nicht verschließen können, daß wenigstens im Falle des § 888 von einer reinen Kriminalstrafe unmöglich die Rede sein kann, daß es sich hier um reine Zwangsmittel handelt.[2])

Sie gehen aber bei der Auffassung der Natur der Strafe des § 890 weit auseinander.

1. Eine große Anzahl sieht die Strafe des § 890 als echte Kriminalstrafen an und verneint die Eigenschaft als reine Zwangsmittel, so

Gaupp-Stein Note I zu § 890; Begründung S. 444; Falkmann § 44 III, 2; Wilmowski-Levy; Planck § 191 IV Bb; OLG. Dresden in Annalen Bd. 17 S. 171; RGE. Bd. 36 S. 418, Bd. 53 S. 181.

2. Für eine Mittelstellung zwischen Kriminalstrafe und Zwangsmittel entscheiden sich:

a) OLG. Dresden in Annalen Bd. 23 S. 553:

„Wenn auch die Strafe wirkliche Strafe ist, so ist sie doch nicht Ahndung einer in einem Strafprozesse mit Strafe bedrohten Handlung", und weiter: „Vielmehr ist die Strafe lediglich eine wegen Zuwiderhandlung gegen eine im Zivilrecht begründete Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger verfügte Maßregel, durch die der Schuldner zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung gezwungen werden soll, eine bestimmte Handlung zu unterlassen oder zu dulden".

b) Dasselbe in Annalen Bd. 9 S. 239:

„Durch die Androhung der Strafe wurde eine Zuwiderhandlung nicht zu einem nach den Grundsätzen des Strafrechts zu ahndenden Verstoße gegen die öffentliche Rechtsordnung. Mittels der Verfügung wurde lediglich dem Schuldner die Erfüllung eines dem Privatrechte angehörenden Forderungsverhältnisses unter Androhung sofortiger Erzwingung der Erfüllung durch das im bürgerlichen Recht hierzu dargebotene Mittel auferlegt".

c) RGE. Bd. 38 S. 423:

„Die Strafe ist allerdings nicht einfache zivilprozessuale Vollstreckungsmaßregel, es machen sich vielmehr daneben auch kriminelle Gesichtspunkte geltend. Allein sie ist umgekehrt auch Zwangsmittel zur Verhütung fernerer Zuwiderhandlungen". Das Kammergericht hatte sich in diesem Falle für „wirkliche Strafe

[2]) Begründung S. 444 und alle Komm.; RGE. Bd. 53 S. 181; teilweise abweichend Schmidt; s. u. unter III.

für das durch die Verletzung des landgerichtlichen Urteils begangene Unrecht" ausgesprochen.

3. Die kriminelle Natur der Strafe in § 890 verneinen:

a) Petersen Note 6 zu § 890:

„Die Haft ist nicht lediglich Zwangsmittel, sondern die im Strafgesetzbuche geregelte Strafe der Haft. Immerhin ist zu beachten, daß es sich bei deren Verhängung nicht bloß um Sühne für begangenes Unrecht handelt, sondern durch die Strafe doch die in Frage stehende Duldung und Unterlassung erzwungen werden soll", und weiter: „Die Eigenschaft der Strafe als Zwangsmittel macht hier ihren überwiegenden Einfluß geltend". — „Aber die Strafe hat nicht die Natur einer kriminellen, sondern einer Ordnungsstrafe".

b) OLG. Dresden in Annalen Bd. 23 S. 377:

„In § 890 ist die Strafe kein bloßes Zwangsmittel, sondern eine Ordnungsstrafe, nämlich die Vergeltung für die Zuwiderhandlung gegen das ergangene gerichtliche Verbot".

c) Hellmann Note c zu § 775 (= 890):

„Wenn auch die Haft nicht direktes Zwangsmittel sein kann, sondern als Strafe des Ungehorsams erscheint, so ist und bleibt sie doch eine Zivilstrafe, eine Ordnungsstrafe, auf welche weder das Strafgesetzbuch noch die Strafprozeßordnung Anwendung findet".

d) Kohler in Zeitschr. Bd. 10 S. 451 ff., Patentrecht § 383 und Recht des Markenschutzes S. 375:

„Die Vollstreckung nach § 890 geschieht durch Festsetzung einer speziellen Strafordnung ad hoc. Die Strafandrohung ist nichts andres als die Schöpfung einer speziellen Strafrechtsordnung für den einzelnen Fall, weil die allgemeine Strafrechtsordnung nicht ausreicht. Die Strafe nach Maßgabe der vom Prozeßgericht aufgestellten Strafordnung ist keine kriminelle, sondern eine prozeßdisziplinäre Strafe. Das Unrecht, welches der Beklagte verschuldet, ist nicht das allgemeine Unrecht, welches in der rechtsverletzenden Handlung von sich aus enthalten ist, sondern es ist das spezielle Unrecht gegenüber der gerichtlichen Norm. Diese liegt aber nicht in dem Urteil, denn dieses erzeugt kein zivilistisches Recht, welches nicht schon vorhanden war; sie liegt indirekt in der Strafandrohung, wie auch sonst die Sanktion oder Norm einen impliziten Teil der Strafandrohung bilden kann. Mit der Strafandrohung tritt ein neues Rechtsgebot ein, ein Rechtsgebot nicht des allgemeinen Rechts, sondern eine lex specialis, eine Emanation der Gerichtsbarkeit, und gegen dieses Rechtsgebot verfehlt sich der Täter. Die Strafe ist also Sühne für die Verletzung des speziellen Gerichtsrechts, sie ist eine „prozeßdisziplinäre Strafe".

III. Von diesen Anschauungen allen abweichend sagt Schmidt im Lehrb. § 143 III:

„Das Verfahren ist in den Fällen der §§ 888, 890 nicht gleich, aber genau entsprechend. Soweit es Verschiedenheiten zeigt, ergeben sich diese daraus, daß in einem Falle ein einmaliges Tun vom Schuldner erzwungen werden soll, im andern ein fortgesetztes Nichttun. Das eigentliche Zwangsmittel ist in beiden Fällen das Inaussichtstellen von Geldstrafen oder Haft, dort für den Fall der Untätigkeit, hier für den Fall jeder einzelnen Zuwiderhandlung".

Schmidt sieht die „Entscheidung, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung anzuhalten sei", im § 888 als Androhung an und will nach erfolglosem Ablaufe einer abzuwartenden bestimmten Frist Vollstreckungsklausel erteilt wissen, und sagt weiter[3]):

„Die Androhung ist in beiden Fällen, in §§ 888 u. 890, Zwangsmittel, der Nachteil selbst in beiden Fällen Strafe (wegen Nichterfüllung); nur der formelle Unterschied besteht, daß im Falle § 888 die strafandrohende Entscheidung zugleich Unterlage der Strafvollstreckung ist, im Falle des § 890 dagegen die strafandrohende Entscheidung noch in eine die Vollstreckung einleitende zweite Entscheidung übergeleitet werden muß. Der Unterschied wird notwendig durch die nach § 890 bestehende Möglichkeit mehrfacher Zuwiderhandlung".

Diesen sämtlichen Ansichten gegenüber ist nun folgendes zu erwägen:

Sollen die Zwangsvollstreckungsstrafen Kriminalstrafen sein, so müssen sie mit ihnen den Zweck gemeinsam haben. Man mag aber einer der zahlreichen Theorien über den Zweck der Kriminalstrafen huldigen, welcher man will, noch niemals hat jemand behauptet, daß er sich in Erzwingung eines bestimmten Verhaltens eines Rechtssubjekts erschöpfe.

Nun wenden aber die Verteidiger der Kriminalstrafe im § 890 ein: diese Strafe ist Vergeltung für die schuldhafte Auflehnung gegen den im Verbot mit Strafandrohung ausgesprochenen Willen des Staates als allgemeiner Rechtsschutzgewalt, also echte Strafe.[4]) Für den § 888 behauptet dies ja nur Schneider.[5])

Eine derartige unterschiedliche Behandlung beider Strafen wäre aber nur gerechtfertigt, wenn das die Strafe auslösende Verhalten des Schuldners im Falle des § 890 eine rechtswidrige und

[3]) S. 925 Anm. 2.

[4]) Entsprechend die Vertreter der Ordnungsstrafen oben S. 6 unter 3a bis c und der prozeßdisziplinären Strafe oben unter 3d.

[5]) Oben S. 4.

deshalb strafbare Handlung wäre, im Falle des § 888 aber nicht. Ist das der Fall?

In beiden Fällen ist das Verhalten des Schuldners die Nichtbefolgung einer Urteilsverpflichtung. Im einen Falle besteht diese Verpflichtung in einem Handeln, im anderen Falle in einem Dulden oder Unterlassen, kurz in einem Nichthandeln. Die Nichtbefolgung der Urteilsverpflichtung äußert sich nun in beiden Fällen gleich, nämlich durch Ausführung des Gegenteils der Verpflichtung, bei der Verpflichtung zum Handeln durch Nichthandeln, bei der Verpflichtung zum Nichthandeln durch Handeln. In diesen beiden Arten der Auflehnung gegen den Staatswillen, die beide Nichtbefolgung der Urteilsverpflichtung sind, liegt kein qualitativer Unterschied.

Es wäre unzulässig, davon zu sprechen, daß im Falle des Nichthandelns kein rechtswidriges und strafbares Verhalten vorläge, dagegen im Falle des Handelns. Nein, wenn hier überhaupt von Rechtswidrigkeit gesprochen werden soll, so ist sie in beiden Fällen dieselbe, sie liegt im Nichtbefolgen dessen, was der Staat im Urteil als Verpflichtung des Schuldners festgestellt hat. Es wäre widersinnig, die Nichtbefolgung einer Urteilsverpflichtung zum Handeln oder Nichthandeln als rechtswidrig unter Strafe stellen zu wollen, die Nichtbefolgung aller anderen Urteilsverpflichtungen aber als nicht rechtswidrig straflos zu lassen.[6]) Ganz sinnlos erschiene es aber, bei den Nichtbefolgungen der Urteilsverpflichtungen zum Handeln und Nichthandeln wieder zu scheiden und die Nichtbefolgung einer Handlungsverpflichtung als nicht rechtswidrig, dagegen die Nichtbefolgung einer Nichthandlungsverpflichtung als zu sühnenden Verstoß gegen die staatlich geschützte Rechtsordnung, als rechtswidrig und strafbar zu bezeichnen. Es müßte dann vielmehr ebensogut die erstere Art, das Nichthandeln des § 888, als Begehungsdelikt durch Unterlassung angesehen und bestraft werden, denn es liegt kein vernünftiger Grund vor, es als ein weniger rechtswidriges Verhalten anzusehen als das Handeln des § 890. In beiden Fällen befiehlt der Gesetzgeber: Befolge das von mir gesprochene Urteil! Lehnst du dich dagegen auf, dann — so viel ist wohl aus dem Vorhergehenden bewiesen — bestrafe ich dich zwar nicht, aber ich werde dich zur Befolgung des Urteils zwingen.

Nach alledem bleibt nur eine Erklärung der Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen übrig, aus ihrem Zwecke hergeleitet: Sie sind, und zwar beide Arten der §§ 888 u. 890, Zwangsmittel, Übelzufügungen des Staates als Rechtsschutz-

[6]) Das spricht besonders gegen Schmidts Ansicht (oben S. 7).

gewalt, um die Vollstreckung eines von ihm gesprochenen Zivilurteils zu erzwingen, gewählt als einziges Mittel, den zu dieser Vollstreckung unentbehrlichen Willen des Schuldners zu beeinflussen.

Sie sind öffentlichrechtlicher Natur, denn sie sind Mittel zur Zwangsvollstreckung, Teile des zum öffentlichen Rechte gehörenden Zivilprozeßrechtes.

Mit der echten Kriminalstrafe haben sie weiter nichts gemein, als daß sie beide Übelzufügungen durch die Staatsgewalt sind. Sie sind ein Gebilde eigner Art, mit Recht als „Zwangsstrafen" bezeichnet. Sie finden ihresgleichen auf allen Rechtsgebieten zerstreut.[7] [8])

Wegen ihrer eigentümlichen und selbständigen Natur ist es aber auch nicht zulässig, kurzerhand die für die Kriminalstrafe geltenden Bestimmungen zur Ausfüllung bestehender Lücken anzuwenden. Die Grundsätze für die Handhabung der Zwangsvollstreckungsstrafen sind vielmehr aus deren eignem Zweck und deren eigner Natur selbständig zu entwickeln.

§ 3.

Das Verhalten des Schuldners.

Die Zwangsvollstreckungsstrafen sind Zwangsmittel, sie wollen die Verwirklichung des Urteilsanspruchs „erzwingen". Ein Zwang fordert aber begrifflich ein Widerstreben; seine Anwendung hat nur Zweck, wenn der Schuldner das, was von ihm verlangt wird, nicht freiwillig tut. Die Anwendung der Zwangsvollstreckungsstrafe setzt also ein der Verpflichtung aus dem Urteil widerstrebendes Verhalten voraus, d. i. rein objektiv die Nichterfüllung der Urteilsverpflichtung.

Dieses Verhalten, das wir im folgenden kurz „Widerstand" nennen wollen, ist im Falle des § 888, bei dem Urteile auf Vornahme einer Handlung, ein Unterlassen dieser Handlung.

Einfach ist es, die Beendigung dieses Widerstandes festzustellen: wenn der Schuldner die ihm im Urteil auferlegte Verpflichtung erfüllt, also die von ihm verlangte Handlung vornimmt, ist die Nichterfüllung beendet, hat der Widerstand aufgehört. Dieses

---

[7]) vgl. Isaak in der Zeitschr. für Strafrechtsw. Bd. 21 S. 625 ff., der auch im wesentlichen die Textauffassung teilt; z. B. FGG. § 33; GewO. § 127 d; SeemO. § 33; sächs. A-Gesetz v. 28. 1. 1835 § 2.

[8]) Die Meinung, daß beide Strafen der §§ 888 u. 890 gleichartig, lediglich Zwangsmittel seien, vertritt anscheinend auch Weismann § 178 IV, 5 und Bd. 2 S. 226 Anm. 5. Ihr scheint auch Schultzenstein, Zeitschr. Bd. 35 S. 560, zuzuneigen.

Handeln kann nur einmal geschehen, die Erfüllung ist damit positiv sichergestellt, das Urteil endgültig vollstreckt. Bis zu diesem Momente aber ist das Verhalten des Schuldners, das beständige Nichthandeln, ein fortgesetzter Widerstand. So lange zeigt der Schuldner seinen widerstrebenden Willen, so lange ist also beständig Anlaß zur Zwangsvollstreckungsstrafe gegeben. Mit ihr soll aber nicht der bisherige Widerstand gesühnt, vergolten werden, sondern er soll für die Zukunft verhindert werden. Der Widerstand ist nicht Grund, sondern nur Voraussetzung der Strafe. Der Grund ist vielmehr der im Widerstand sich offenbarende Wille des Schuldners, sich auch in Zukunft der Urteilsverpflichtung nicht zu unterwerfen.

Ist hiernach die Beendigung des Widerstands einfach festzustellen, so ist eine Bestimmung seines Anfangs schwieriger. Die Verpflichtung zum Handeln besteht nun zwar schon vor der Verurteilung, sie wird im Urteile nur festgestellt. Aber das Nichtbefolgen des an sich schon bestehenden Anspruchs gehört noch nicht zu dem die Strafe auslösenden Verhalten; es gehört dazu ein Widerstand gegen den im Urteil festgestellten Anspruch, gegen die dort festgesetzte Verpflichtung.

Der Widerstand kann also nicht eher beginnen, als bis auf Grund des Urteils dessen Erfüllung verlangt werden kann, d. h. vollstreckt werden kann. Das ist aber nach den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung erst der Moment, in dem das Urteil vollstreckbar, d. h. rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt, mit der Vollstreckungsklausel versehen und dem Schuldner zugestellt ist. Von diesem Augenblicke an kann vom Schuldner die Vornahme der Handlung verlangt werden; von da an ist also jeder Moment des Nichthandelns — objektiv — ein Nichterfüllen der Urteilsverpflichtung, ein Widerstand, der den der Urteilsverpflichtung widerstrebenden Willen des Schuldners zeigt und deshalb zur Zwangsmaßregel, zur Auferlegung der Zwangsvollstreckungsstrafe führen kann.

Und eigentlich nicht im geringsten anders steht es mit der Nichterfüllung der Urteilsverpflichtung, dem Widerstand, im Falle des § 890. Dort ist die Urteilsverpflichtung ein Dulden oder Unterlassen, der Widerstand also ein Nichtdulden oder Nichtunterlassen, kurz ein Handeln. Im Inhalte der Verpflichtung liegt es hier, daß, solange der Schuldner überhaupt noch handeln kann, es niemals sicher feststeht, ob er sie je ganz erfüllen wird. Denn wenn der Schuldner auch lange Zeit nicht Widerstand geleistet, ja wenn er es noch nie getan hat, es besteht doch für die Zukunft beständig eine Gefahr, daß er doch einstmals noch

widerstreben, d. h. handeln wird. Das Urteil wird nie ganz vollstreckt.

Hierauf, auf der Unsicherheit der Erfüllung, beruht einzig und allein der Unterschied zu dem Falle des § 888. Er liegt also, wie schon oben[1]) ausgeführt, nicht in der Art des Widerstands, der Art der Nichterfüllung der Urteilsverpflichtung, sondern in der Natur der Urteilsverpflichtung selbst. Dies wird von allen denen verkannt, die der Strafe des § 890 einen anderen Charakter als der des § 888 zusprechen.[2])

Der Widerstand ist also im Falle des § 890 ein Handeln. Erst im Momente des Handelns ist ein Zwang gerechtfertigt. Denn erst durch die Handlung zeigt sich der der Urteilsverpflichtung widerstrebende Wille des Schuldners. Erst daraus ergibt sich die Notwendigkeit, diesen Willen zu beugen, ihn zur Urteilserfüllung, d. i. zum Nichthandeln, zu zwingen.

Ist nun in beiden Fällen der §§ 888 u. 890 der Widerstand inhaltlich gleichartig, so müssen auch seine Folgen gleichartig sein, nämlich, wie schon oben bewiesen, reine Zwangsmittel, nicht Vergeltung. Auch die Zwangsvollstreckungsstrafen des § 890 werden nicht auferlegt, weil der Schuldner gehandelt hat, sondern damit er nicht mehr handele. Es soll durch die darin liegende Übelzufügung eine Willensumkehr im Schuldner bewirkt werden. Seinem widerstrebenden Willen, den er ja erst durch das Handeln offenbart hat, soll dadurch immer vor Augen gestellt werden: „Wenn du wieder handelst, d. h. deinen der Urteilsverpflichtung widerstrebenden Willen zeigst, so werde ich weiter zur möglichsten Durchführung des Urteils, nämlich zur nochmaligen Willensbeugung durch Übelzufügung verschreiten, um den weiteren Widerstand zu brechen". Der Gesetzgeber hofft durch den Druck, den er dem Schuldner in Form eines Übels auferlegt, diesen dazu zu bestimmen, daß er sich sagt: „Ich werde in Zukunft nicht mehr Widerstand leisten, denn sonst trifft mich wieder ein Übel". Er hofft, daß das Interesse des Schuldners an der Vermeidung des Übels größer ist als sein Interesse am Widerstand. Und dann ist sein Ziel erreicht: der Wille des Schuldners ist gebeugt, er wird der Verwirklichung des Urteilsanspruchs nicht mehr widersprechen. So ist also auch der Widerstand im Falle des § 890 nicht Grund, sondern nur Voraussetzung der Zwangsvollstreckungsstrafe.

Über den Beginn des Widerstands gilt hier dasselbe wie oben im Falle des § 888. Das Handeln ist Widerstand erst dann,

---

[1]) Oben S. 8.
[2]) Oben S. 5ff. unter II.

wenn das vollstreckbare und mit Vollstreckungsklausel versehene Urteil zugestellt ist.

Beendet wäre der Widerstand mit Erfüllung; da diese aber nicht sicher ist, ist auch die Möglichkeit der Beendigung des Widerstands nur dann gegeben, wenn objektiv feststeht, daß der Schuldner nicht mehr handeln kann. Ein solcher Fall ist nicht ausgeschlossen.

§ 4.

Der Wille des Schuldners.

Aus der Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen als reine Zwangsmittel zur Beugung des der Urteilsverpflichtung widerstrebenden Willens ergibt sich, daß sie nur angewendet werden dürfen, wenn das Verhalten des Schuldners, das wir oben[1]) als „Widerstand" bezeichnet haben, wirklich auf einem solchen widerstrebenden Willen des Schuldners beruht. Denn wenn kein widerstrebender Wille vorhanden, wäre es unmöglich, ihn brechen zu wollen, damit wäre also die Anwendung der Zwangsvollstreckungsstrafen völlig zwecklos.[2])

Es ist nun die Frage: Wann ist ein solcher widerstrebender Wille des Schuldners vorhanden, und ist der „Widerstand" auf ihn zurückzuführen?

Es ist dazu unbedingt erforderlich: Bewußtsein des Schuldners, daß er der Urteilsverpflichtung zuwiderhandelt. Denn ein sich seines Widerstrebens nicht bewußter Wille kann überhaupt nicht gebeugt werden; der Willensträger ist sich seiner falschen Willensrichtung nicht bewußt, er kann daher auch nicht in die gewünschte Willensrichtung einlenken. Ein Zwang daraufhin wäre sinnlos. Dies Bewußtsein ist erforderlich zur Zeit des Widerstandes.

Die erste Vorbedingung dieses Bewußtseins ist die Kenntnis der Urteilsverpflichtung.[3]) Denn was ich nicht weiß, dagegen kann sich mein Wille nicht auflehnen. Die Kenntnis der Urteils-

---

[1]) Oben S. 9.

[2]) Deshalb unrichtig OLG. Dresden, in den Annalen Bd. 9 S. 239 ff.: „Es würde nicht als eine von der Strafe befreiende Entschuldigung angerechnet werden können, wenn der Schuldner der Widerrechtlichkeit seines Verhaltens — selbst entschuldbarerweise — sich nicht bewußt gewesen wäre". — „Kam er seiner Verpflichtung nicht nach, so hatte die Erzwingung der Erfüllung auf dem angedrohten Weg einzutreten, gleichviel ob er ohne Verschulden im Irrtum war, seine Verpflichtung habe aufgehört oder nicht. Es wird in § 775 (= 890) weiter nichts als eine Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung vorausgesetzt."

[3]) So auch Kohler, Patentrecht § 382; Meyer in Zeitschr. Bd. 15 S. 477 ff.

verpflichtung ist nun nicht an eine formelle Voraussetzung, etwa die Zustellung, gebunden. Nur besteht von dem Momente der Zustellung des Urteils an die Präsumtion, daß dieses dem Schuldner bekannt geworden ist.[4]) Will er sich trotzdem auf Unkenntnis berufen, mag er sie beweisen. Die Kenntnis ist aber selbstverständlich als vorhanden anzunehmen, wenn der Schuldner bei der Verkündung des Urteils zugegen war. Die durch den Anwalt verschuldete Unkenntnis wird dem Schuldner nicht schaden können.[5])

Weiter ist erforderlich die Existenz eines von der Rechtsordnung überhaupt als relevant anerkannten Willens. Sollen da die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Geschäftsfähigkeit und Willenserklärung oder die Strafausschließungsgründe des StGB. §§ 51, 55, 56, 58, 59 gelten? Die Frage ist nicht leicht zu entscheiden.

Da nun der Widerstand weder ein privatrechtliches Handeln noch ein kriminell strafbares Handeln ist, so ist es klar, daß man nicht schlechthin sich auf eines von beiden Gesetzen stützen kann. Entscheidend für die Frage kann hier nur sein: Ist der Willenszustand des Schuldners derartig, daß man von ihm die Anstellung der Erwägung verlangen kann, ob er sich der Gefahr einer Übelzufügung zur Willensbeugung aussetzen oder doch lieber den Widerstand aufgeben will? Denn nur dann ist eine Willensbeeinflussung von der Übelzufügung zu erwarten, nur dann hat die Zwangsvollstreckungsstrafe einen Sinn.

Dabei müssen ganz außer Betracht gelassen werden die Geschäftsunfähigen nach § 104 BGB. und die im § 105 Abs. 2 Genannten.[6]) Das sind:

1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat;
2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand der Bewußtlosigkeit oder einer Störung der Geistestätigkeit befindet;
3. wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist.

Sie alle haben einen privatrechtlich überhaupt nicht erheblichen Willen. Bei ihnen sind daher die Strafen der §§ 888, 890 ihrer Natur nach gar nicht anwendbar, da sie Zwangsmittel zur Willensbeeinflussung sind.

Anders die beschränkt Geschäftsfähigen (§§ 106, 114 BGB.). Bei ihnen ist denkbar, daß eine Handlung, zu deren Vornahme sie verurteilt worden sind, nur von ihnen persönlich vorgenommen werden kann oder daß sie der Verpflichtung zum Unterlassen oder Dulden schuldhaft zuwiderhandeln.

---

[4]) So auch Kohler a. a. O. § 383.
[5]) A. M. Meyer a. a. O. und OLG. Dresden in Annalen Bd. 17 S. 171.
[6]) So auch Isaak a. a. O. S. 659.

Hier ist nicht ohne weiteres abzusehen, in welchen Fällen eine Beeinflussung des Willens durch Strafen zu erwarten ist. Insbesondere welche Altersstufe gibt eine Präsumtion für diese Beeinflussungsmöglichkeit? Jede Festsetzung einer rechtlich erheblichen Altersstufe ist ein Kompromiß aus Zweckmäßigkeitsgründen, um für den einzelnen Fall die meist schwierige Feststellung der Willensfähigkeit zu erleichtern. Da aber hier keine den Richter bindende Vorschrift gegeben ist, so wird man hier dem Richter die Prüfung jedes einzelnen Falles überlassen müssen. Dabei wird man noch am nächsten die Bestimmungen des Strafrechts, das bei Minderjährigen vom 12.—18. Jahre die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht verlangt, zum Anhalt nehmen können. Darnach wird man der Regel nach die Minderjährigen vom 7.—12. Jahre als nicht beeinflussungfähig, die Minderjährigen über 18 Jahre als beeinflussungsfähig ansehen können; zu letzteren gehören immer die nach den §§ 112 u. 113 BGB. unbeschränkt geschäftsfähigen und daher prozeßfähigen Minderjährigen.

Die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten und die nach § 1906 BGB. unter vorläufige Vormundschaft Gestellten stehen nach § 114 BGB. einem Minderjährigen gleich, der das siebente Lebensjahr vollendet hat. Für sie werden hier dieselben Grundsätze gelten,[7]) wobei für die wegen Trunksucht oder Verschwendung Entmündigten wohl weit eher die Frage der Beeinflussungsfähigkeit zu bejahen sein wird als für die wegen Geistesschwäche Entmündigten.

Die nach § 827 BGB. statuierte zivilrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen in einem durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel schuldhaft verursachten Zustand der Bewußtlosigkeit oder die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit ist nicht auf die hier erörterten Fälle zu übertragen.[8]) Denn in diesen Handlungen offenbart sich noch nicht der wirkliche der Urteilsverpflichtung widerstrebende Wille, auf den es hier allein ankommt. Dagegen ist das unzweifelhaft der Fall bei der actio libera in causa, die also Grundlage zur Auferlegung der Zwangsvollstreckungsstrafe sein wird.

Dieser beeinflussungsfähige Wille muß nun vorhanden sein zur Zeit des Widerstands. Denn nur dann kann man sagen, daß der Widerstand auf diesen Willen zurückzuführen ist, nur

[7]) A. M. Isaak S. 662.
[8]) A. M. Isaak a. a. O. S. 662.

dann konnte man ein Unterlassen des Widerstands erwarten und hat die Beugung des Willens einen Sinn.

Der beeinflussungsfähige Wille muß aber auch noch vorhanden sein zur Zeit der Auferlegung und Vollstreckung der Strafe, denn diese würde keinen Zweck haben, wenn ihr einziges Ziel, die Willensbeugung, wegen der Beschaffenheit des Willens unerreichbar wäre.

Nur wenn das Bewußtsein, daß er der Urteilsverpflichtung zuwiderhandelt, in dieser geschilderten Art vorhanden ist, wird man sagen können, der Schuldner habe schuldhaft und zwar vorsätzlich der Urteilsverpflichtung zuwidergehandelt.

Es sind nun aber auch Fälle denkbar, in denen dieses Bewußtsein nicht vorhanden ist, bei denen die objektive Tatsache der Urteilsnichterfüllung darauf zurückzuführen ist, daß der Schuldner nicht alles angewendet hat, was man von ihm verlangen kann, um das Urteil zu erfüllen. Man wird ihm dann diesen objektiven Widerstand gegen die Urteilsverpflichtung zur Fahrlässigkeit[9])[10]) anrechnen können. Da ist der Wille nicht direkt auf die Nichterfüllung gerichtet, so daß er in diesem Sinne gebeugt werden müßte. Der Zweck der Willensbeeinflussung ist hier vielmehr der, den Schuldner dazu zu bringen, daß er seinen wenigstens nicht auf Erfüllung des Urteils, also indifferenten Willen dahin richtet, nun die weitere Nichterfüllung des Urteils zu vermeiden. Ob diese Fahrlässigkeit vorliegt, ist in jedem einzelnen Falle besonders zu untersuchen.

Es wird überall, außer in dem oben (S. 12) angeführten Urteile des Oberlandesgerichts Dresden, ein „Verschulden" wenigstens für den Fall des § 890 gefordert,[11]) aber je nach der Auffassung der Natur der Strafe verschieden gefaßt. Kohler[12]) will die Grundsätze des Strafrechts von Schuld und Schuldlosigkeit für den § 890 angewendet wissen, das Oberlandesgericht[13]) Dresden die Strafausschließungsgründe des Strafgesetzbuches.

§ 5.

Strafausschließungsgründe.

Damit, daß der Schuldner ein objektiv die Nichterfüllung der Urteilsverpflichtung enthaltendes Verhalten im Bewußtsein, daß

---

[9]) So auch Kohler, Patentrecht § 383.

[10]) Dazu gehört, wie RGE. Bd. 36 S. 418 richtig sagt, auch die durch Fahrlässigkeit verschuldete Nichtkenntnis der Urteilsverpflichtung.

[11]) So Petersen Note 5 zu § 890; RGE. Bd. 36 S. 418.

[12]) Patentrecht § 382.

[13]) Annalen Bd. 17 S. 171.

er damit der Urteilsverpflichtung zuwiderhandelt, zeigt, ist nun aber noch nicht für alle Fälle die Auferlegung einer Zwangsvollstreckungsstrafe gerechtfertigt.

Die Zwangsvollstreckungsstrafe soll die Erfüllung einer Urteilsverpflichtung erzwingen. Diese Erzwingung hat aber nur Sinn, wenn die Verpflichtung zu Recht besteht. Wenn sie also nachträglich wegfällt oder sich herausstellt, daß sie überhaupt nicht bestanden hat, so ist jede weitere Strafzufügung und jede Fortsetzung des Strafverfahrens, auch die Vollstreckung der festgesetzten Strafe, zwecklos, da deren Ziel, die Erzwingung, nunmehr gar nicht mehr gerechtfertigt ist. Demgegenüber kann auch der entschiedene Protest Schneiders[1]) und derjenigen, die in der Strafe des § 890 eine echte Strafe sehen, nichts ändern, da er auf einer falschen Auffassung der Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen fußt.[2])

Hierher gehören insbesondere die Fälle, wo durch Entscheidungen weiterer Instanzen die früherinstanzlichen Urteile oder ihre Vollstreckbarkeit aufgehoben werden.[3])

Die Erzwingung der Urteilsverpflichtung ist weiter zwecklos, wenn diese erfüllt ist. Das ist im Falle der Verpflichtung zur Unterlassung oder Duldung der Moment, in dem feststeht, daß eine Zuwiderhandlung nicht mehr möglich ist. Für diesen Fall wird die Zufügung einer Strafe bei vorhergegangenem Widerstand mindestens nach erfolgter Festsetzung der Strafe von den meisten gefordert[4]) wegen des von ihnen behaupteten kriminalstrafähnlichen Charakters der Strafe des § 890. Nach dem oben Ausgeführten muß aber auch in diesem Falle die Strafberechtigung verneint werden, denn der einzige Zweck der Strafe auch im Falle des § 890, die Willensbeugung, ist wegen der Unmöglichkeit eines weiteren Widerstands für niemanden mehr von Interesse. Selbst wenn die Strafe schon festgesetzt ist, so muß doch der Eintritt der Widerstandsunmöglichkeit auch im Falle des § 890 die Vollstreckung hindern.[5])

Die Strafe ist weiter nicht gerechtfertigt im Falle der Unmöglichkeit oder Unzulässigkeit der Erzwingung.

Im Falle der Unmöglichkeit der Erzwingung würde jeder Druck auf den Willen des Schuldners, wenn sich dieser als widerstrebend erweisen sollte, nur zu unnötiger Schikane führen. Selbst

---

[1]) Zeitschrift Bd. 26 S. 448 ff.

[2]) Kohler, Zivil. Arch. Bd. 80 S. 241 ff. § 6. Sogar für den § 888 verneinen die Textmeinung Struckmann-Koch Anm. 3 und die dort Zitierten.

[3]) Ebenso Gaupp-Stein Note II,1 zu § 890; RGE. Bd. 38 S. 423; Petersen Note 6 zu § 890.

[4]) Auch von Kohler, Zivil. Arch. a. a. O.; Isaak a. a. O. 689.

[5]) Ebenso Weismann § 178 IV, 4 in Verb. mit § 179 I, 3.

wenn der Wille gebeugt wird, das Ziel dieser Willensbeugung, die Erfüllung durch den nicht mehr widerstrebenden Willen bleibt unmöglich. Die Willensbeugung ist zwecklos.

Es gibt weiter Fälle, in denen die Erzwingung zwar tatsächlich möglich wäre, aber gesetzlich ausgeschlossen ist. Hierher gehören die Fälle der Verpflichtung zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage, für die § 888 Abs. 2 eine Erzwingung durch die Strafen ausdrücklich verbietet.

Es ist ferner möglich, daß der Schuldner zwar das Bewußtsein hat, daß er durch sein Verhalten der Urteilsverpflichtung zuwiderhandle, wo aber der Wille, ein die Nichterfüllung des Urteils enthaltendes Verhalten zu zeigen, nicht besteht, sondern der Schuldner durch besondere, außerhalb seiner Absicht liegende Umstände zu diesem objektiv der Urteilsverpflichtung entgegengesetzten Verhalten gezwungen wird.

Wir finden als Analogon im Zivil- und Strafrecht die Fälle der Notwehr und des Notstandes. Diese beiden Begriffe lassen sich nicht sklavisch dem Zwangsstrafrecht aufzwingen, da sie vom Begriffe der Rechtswidrigkeit untrennbar sind, dieser Begriff aber im Zwangsstrafrecht zu vermeiden sein wird.[6]) In solchen Fällen erscheint die Anwendung der Zwangsstrafe deshalb ungerechtfertigt, weil deren einziger Zweck Willensbeugung ist, der Wille aber sich nicht von allein, sondern durch vom Schuldner nicht vermeidbare Kräfte auf die falsche Bahn gelenkt worden ist und nach deren Wegfall sofort wieder ins erwünschte Gleis einlenkt. Die Fälle wird man ähnlich den Notwehr- und Notstandsbegriffen fassen können.

a) Das Verhalten des Schuldners ist erforderlich, um einen sich oder den Seinen drohenden Angriff auf Leib und Leben von sich abzuwehren. Man wird auch hier für den Fall, daß der Schuldner in Bestürzung, Furcht oder Schrecken dies an sich nicht erforderliche Verhalten gezeigt hat, die Anwendung einer Strafe zur Willensbeugung ausschließen,[7]) da ja diese Umstände nicht von vernunftmäßiger Willensüberlegung abhängen. Bei ihrem Vorhandensein ist noch nicht auf den tatsächlichen Willen zu schließen, dessen Beugung also unstatthaft.

b) In allen Fällen, in denen das bürgerliche Recht eine Handlung, weil im Notstand ausgeführt, als nicht rechtswidrig statuiert, wird man sie ebenfalls nicht als Grundlage für die Anwendung von Zwangsvollstreckungsstrafen ansehen können.

---

[6]) vgl. oben S. 8.
[7]) A. M. Isaak a. a. O. S. 651.

Der Grund ist auch hier der, daß die Rechtsordnung doch auch das Interesse des Schuldners, das nach allgemeinen Rechtsgründen einmal wichtiger sein kann als das des Gläubigers, schützen muß. Auf diesem Grundsatze der Interessenabwägung wird man aber auch zu einer Ausdehnung über den Notstandsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches hinaus kommen,[8]) insbesondere die Verletzung jedes Rechtsguts im Notstande als nicht widerrechtlich anerkennen. Im allgemeinen wird man sich aber an den Notstandsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches halten können, weil auch hier rein privatrechtliche Interessen in Frage kommen.

Wenn der Gläubiger dem Schuldner erlaubt, das der Urteilsverpflichtung entgegenstehende Verhalten zu zeigen, so muß sich der Schuldner zwar bewußt sein, daß er tatsächlich der Urteilsverpflichtung zuwiderhandelt. Da aber allein der Gläubiger, nicht etwa der Staat, Interesse an der Erfüllung hat, so hebt seine Einwilligung die Wirksamkeit der Verpflichtung so lange auf, als die Einwilligung dauert. Ein Grund zur Willensbeugung liegt dann nicht mehr vor.[9])

Ebenso liegt der Fall, wenn ein höher stehendes öffentliches Interesse, wie Amts- und Berufspflicht, dem Schuldner die Erlaubnis gibt, sich anders zu verhalten, als die Urteilsverpflichtung lautet. Da wird ebenfalls die Wirksamkeit der Urteilsverpflichtung aufgehoben. Der Wille des Schuldners richtet sich nicht mehr gegen sie, da er von einer höheren Verpflichtung geleitet wird.

§ 6.

Prozeßunfähige und deren Vertreter.

Zu den bestrittensten Fragen über die Zwangsvollstreckungsstrafen gehört die nach ihrer Anwendbarkeit gegenüber Prozeßunfähigen oder deren Vertretern.

Gaupp-Stein[1]) hält die Anwendung der Strafen in §§ 888 u. 890 nur gegen den gesetzlichen Vertreter für zulässig, da der Vertreter die Handlungen vorzunehmen habe, zu denen der Vertretene verpflichtet ist, und weil dessen Verpflichtung zum Unterlassen oder Dulden den gesetzlichen Vertreter ebenfalls binde.

Petersen nimmt dasselbe für den § 888 an;[2]) für § 890 scheint er dagegen die Vollstreckung ins Vermögen juristischer Personen für zulässig zu halten.[3])

---

[8]) A. M. Isaak a. a. O. S. 652.
[9]) So auch Kohler, Patentrecht § 383.
[1]) § 888 Note IV, § 890 Note V.
[2]) § 888 Note 1.
[3]) § 890 Note 2.

Seuffert nimmt für § 888[4]) Vollstreckung gegen den gesetzlichen Vertreter an, falls dieser die Handlung vornehmen kann. Für § 890[5]) soll dasselbe gelten, falls der gesetzliche Vertreter zuwidergehandelt hat; bei juristischen Personen dagegen soll die Geldstrafe des § 890[6]) bei Zuwiderhandlungen durch ihre Organe gegen die juristische Person selbst vollstreckt werden; „denn die Handlungen der Organe sind Handlungen der juristischen Person".

Derselben Ansicht ist Weismann;[7]) den Minderjährigen, soweit er wegen unerlaubter Handlungen schadensersatzpflichtig ist (§ 828 BGB.), unterwirft er der Strafe des § 890.

Isaak[8]) will das Zwangsstrafverfahren in beiden Fällen (§§ 888 u. 890) gegen die juristische Person selbst gerichtet wissen und begründet dies mit der Parteifähigkeit der juristischen Person, die auch für die Zwangsvollstreckung gelten müsse.

Zu demselben Resultate kommt Schultzenstein.[9]) Er geht aus von § 887, für den er nachweist, daß die Vollstreckung nur gegen die prozeßunfähige Partei, nicht gegen ihren gesetzlichen Vertreter sich richten könne (was noch niemand bestritten hat), und nimmt dasselbe wegen des Wortlautes und des Zusammenhanges des § 887 mit §§ 888 u. 890 auch für diese beiden an.

Das Reichsgericht[10]) schließt aus der Parteifähigkeit der juristischen Personen, daß bei Zuwiderhandlungen ihrer Organe die Geldstrafen der §§ 774, 775 (= 888, 890) gegen die juristische Person selbst zu vollstrecken sind.

Kohler[11]) will die Zwangsstrafe bei Minderjährigen nur gegen den Vormund ausgeübt wissen, wenn es sich um ein Tun handelt, das durch den Vormund vollzogen werden kann. Bei juristischen Personen hält er die Anwendung gegen die Organe für zweifellos zulässig; daneben sollen Geldzwangsstrafen auch gegen die juristische Person selbst vollstreckt werden dürfen; denn dadurch würde in die juristische Person in einer Weise eingegriffen, daß von ihrem Zweckstandpunkte aus eine Aufhebung dieses Zustandes wünschenswert sei.

Dieses bunte Bild der widersprechendsten Meinungen erklärt sich aus der Mannigfaltigkeit der Auffassungen von der Natur der Zwangsvollstreckungsstrafen, wozu hier noch die Streitfrage

---

[4]) § 888 Note 1b.
[5]) § 890 Note 3.
[6]) § 890 Note 3.
[7]) S. 225 Nr. 6, S. 226 Anm. 4.
[8]) Zeitschr. f. Strafrechtsw. Bd. 21 S. 649.
[9]) Zeitschr. Bd. 35 S. 475 ff., bes. S. 483, 492, 517.
[10]) RGE. Bd. 43 S. 405.
[11]) Arch. Bd. 80 S. 263—265.

um die Handlungs- und Prozeßfähigkeit der juristischen Personen kommt.

Auch hier ist eine befriedigende Lösung nur zu finden bei scharfer Betonung des alleinigen Zweckes der Zwangsvollstreckungsstrafen: Beugung des der Urteilsverpflichtung widerstrebenden Willens.

Von der Anwendung der Strafe kann daher nur gegen denjenigen die Rede sein, von dessen Willen die Handlung, Unterlassung oder Duldung abhängt.[12])

In folgender Betrachtung soll zunächst von den juristischen Personen abgesehen und nur von den übrigen Prozeßunfähigen gehandelt werden, das sind die Geschäftsunfähigen (§ 104 BGB.) und die beschränkt Geschäftsfähigen (§§ 107, 114 BGB.) außer in den in §§ 112, 113 BGB. vorgesehenen Fällen.

Die Frage, inwieweit die Zwangsvollstreckungsstrafen gegen sie persönlich Anwendung finden, beantwortet sich mit der Frage, inwieweit von ihrem Willen die Erfüllung oder Nichterfüllung der Urteilsverpflichtung abhängt. Keinesfalls ist dies der Fall bei den Geschäftsunfähigen, da sie einen rechtlich erheblichen Willen nicht haben. Sie scheiden also ganz aus. An ihrer Stelle hat ihr gesetzlicher Vertreter, der Vertreter im Willen, den Willensbeugezwang zu dulden, soweit die Urteilserfüllung von seinem Willen abhängt.

Anders bei den beschränkt Geschäftsfähigen. Bei ihnen sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Die nach dem Urteile vorzunehmende oder zu unterlassende Handlung kann nur von dem verurteilten beschränkt Geschäftsfähigen selbst vorgenommen werden. Z. B. das Urteil lautet auf Erteilung einer Auskunft über nur ihm bekannte Tatsachen auf Grund eines mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossenen Vertrags (§ 888), oder dem Minderjährigen wird die Ausübung eines von ihm angemaßten Jagdrechts verboten (§ 890). Hier kann Urteilserfüllung nur durch Druck auf den Willen des beschränkt Geschäftsfähigen erzwungen werden. Gegen diesen sind also die Strafen zu richten, aber auch nur dann, wenn im einzelnen Falle die Voraussetzung gegeben ist (s. oben S. 14), daß von dem Drucke auf den Willen durch Anwendung der Zwangsstrafen eine Beugung des Willens und damit Gehorsam gegenüber der Urteilsverpflichtung zu erwarten ist.

---

[12]) Dies berücksichtigt insbesondere nicht genügend Schultzenstein a. a. O.; der von ihm so betonte Zusammenhang zwischen § 887 und den §§ 888, 890 ist nicht vorhanden, da in § 887 ganz im Gegensatze zu §§ 888, 890 von einer Willensbeugung keine Rede sein kann.

Von einer Zwangsstrafe gegen den gesetzlichen Vertreter kann in diesem Falle keine Rede sein.

b) Die Urteilsverpflichtung kann nur vom gesetzlichen Vertreter erfüllt werden: z. B. der beschränkt geschäftsfähige Erbe ist zum Ausstellen eines Wechsels oder zum Nichtgebrauch eines Warenzeichens in dem ererbten, aber nicht von ihm selbständig betriebenen Handelsbetriebe verurteilt. Hier ist die Erfüllung des Urteils Pflicht des gesetzlichen Vertreters und nur von seinem Willen abhängig. Die Zwangsvollstreckungsstrafen sind also nur gegen ihn anzuwenden.

Bei den juristischen Personen richtet sich die Anwendung der Zwangsvollstreckungsstrafen nach der Beantwortung der heiß umstrittenen Frage nach der Handlungs- und Prozeßfähigkeit der juristischen Personen. Die herrschende und wohl richtige Meinung sieht sie als willens- und geschäftsunfähig und daher prozeßunfähig und ihre vertretenden Organe als gesetzliche Vertreter an.[13]) Sie wird lebhaft bekämpft insbesondere von Gierke,[14])[15]) der die juristischen Personen als willensfähige Personen durch ihre Organe selbständig handeln lassen will; daraus folgt die Anerkennung ihrer Prozeßfähigkeit.

Ist die juristische Person aber richtiger Anschauung nach willensunfähig, so kann von einem Druck auf ihren Willen nicht die Rede sein. Es fehlt also das wichtigste Erfordernis für die Anwendung der Zwangsvollstreckungsstrafen gegen sie. Die zur Erfüllung der Urteilsverpflichtung erforderlichen Handlungen und Unterlassungen sind vielmehr allein vom Willen ihrer gesetzlichen Vertreter abhängig, gegen die allein sich die Zwangsvollstreckungsstrafen daher richten können.

Dagegen würde für die Vertreter der Willens- und Prozeßfähigkeit der juristischen Person die Entscheidung der Frage anders lauten müssen. Da nicht der Wille des ausführenden Organes, sondern der Wille der juristischen Person selbst das Hindernis gegen die Urteilserfüllung bildet, könnten die Zwangsvollstreckungsstrafen, und der Natur des Willensträgers nach nur die Geldstrafen, nur gegen die juristischen Personen selbst angewendet werden.

---

[13]) So insbesondere Wach Bd. 1 S. 540 ff.; Planck Bd. 1 S. 214.

[14]) Deutsches PrivR. Bd. 1 S. 518 ff.

[15]) Ebenso von Hellwig Bd. 2 S. 325 (dort weitere Literatur), der die Anwendung des Begriffs der Prozeßfähigkeit oder -unfähigkeit auf juristische Personen überhaupt für unzulässig hält.

§ 7.

Androhung der Zwangsvollstreckungsstrafen.

Der Staat als Rechtsschutzgewalt hat, wie oben ausgeführt ist, dem Privatinteresse des Gläubigers unter gleichzeitiger Vermeidung unnötiger Schädigung des Schuldners zur Durchführung zu verhelfen. Er wird also jederzeit die mildesten Mittel, von denen er sich Erfolg versprechen kann, anwenden. Denn wozu soll er, was er auf leichte Weise erreichen kann, durch tief einschneidende Strafen erreichen wollen?

Nun ist es klar, daß schon die klare Erkenntnis von dem, was ihm im Falle seines Widerstands gegen die Urteilsverpflichtung droht, den Schuldner oftmals zur Aufgabe dieses Widerstands bewegen wird. Deshalb ist es zweckmäßig, dem Schuldner, bevor man mit Strafen vorgeht, erst einmal diese mögliche Folge eines Widerstands klar vor Augen zu stellen. Das geschieht durch Androhung.

Für den Fall des § 890 ist diese Androhung ausdrücklich vorgeschrieben. Dagegen enthält § 888 nur die Bestimmung: es ist zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen oder durch Haft anzuhalten sei. Von einer ausdrücklichen Androhung ist hier nicht die Rede.

Viele[1]) kommen nun mit einem argumentum a contrario zu dem Schlusse, daß tatsächlich im Falle des § 888 eine Androhung nicht nötig sei, daß vielmehr die Tatsache der Nichterfüllung der Urteilsverpflichtung allein schon die Festsetzung und Vollstreckung der Strafe rechtfertige. Das ist völlig unberechtigt. Ein argumentum a contrario ist nur zulässig, wenn eine Verschiedenartigkeit des Grundes vorliegt. Eine solche ist hier nicht zu finden. Im Falle des § 890 soll entschieden die Androhung den Zweck haben, den Schuldner durch Vorstellung der Folgen seines Widerstandes von diesem abzuhalten. Der gleiche Grund liegt aber auch im Falle des § 888 vor. Es ist nicht erfindlich, warum der Schuldner vor einem Handeln gewarnt werden soll, vor einem Nichthandeln aber nicht, da ihm doch beides die gleichen schlimmen Folgen bringt. Der Grund, warum in § 890 ausdrücklich von einer „Androhung" gesprochen wird, liegt darin, daß den Redaktoren des Gesetzbuchs die Strafe des § 890 mindestens als etwas der Kriminalstrafe Ähnliches vorgeschwebt hat. Dabei hat sie der im Strafrecht geltende Grundsatz nulla poena sine

[1]) Falkmann § 44 II, 3b; Seuffert § 888 Nr. 1b; Petersen § 888 Note 4; Struckmann-Koch § 888 Nr. 2; Gaupp-Stein § 888 II, 3.

lege dazu gebracht, hier etwas dieser lex Ähnliches, die Androhung, ausdrücklich zu fordern.

Mit der oben angeführten Gleichartigkeit der beiden Strafen der §§ 888 u. 890 fällt aber auch das Erfordernis einer Unterscheidung bezüglich der Androhung. Der richtige Gedanke, der der Forderung einer Androhung im § 890 zugrunde liegt, daß nämlich oft die Vorstellung von den schlimmen Folgen des Widerstands den Schuldner zu dessen Aufgabe bewegen wird, beherrscht auch den Fall des § 888 und führt auch hier zur Notwendigkeit einer besonderen Androhung. Und der Wortlaut des Gesetzes steht dem durchaus nicht entgegen. Die „Erkenntnis", daß der Schuldner durch Strafen zur Handlung „anzuhalten" sei, kann man ganz ungezwungen als Erfordernis einer Androhung ansehen. Erst wenn sie keine Wirkung hat, ist es nötig, zur Ausführung des Angedrohten zu verschreiten.

Es ist nun lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob man eine besondere Festsetzung einer Frist in der Androhung verlangen will, nach deren fruchtlosem Ablauf die Strafe festgesetzt wird, oder ob man es der Prüfung des Gerichts überlassen will, ob der Schuldner nach der Androhung genügend Zeit zur Vornahme der Handlung hatte. Empfehlenswert ist das erstere sowohl im Interesse des Schuldners wie des prüfenden Gerichts. Auf jeden Fall muß aber zwischen der Androhung und der Festsetzung der Strafe ein Zeitraum liegen, der genügt, die Androhung den von ihr erwarteten Erfolg wirken zu lassen.

Für die Festsetzung der angedrohten Strafe wird man analog dem § 890 auch für den § 888 ein besonderes Erkenntnis, einen Beschluß des Gerichts fordern müssen, nicht nur die Erteilung der Vollstreckungsklausel[2]) auf die Androhungserkenntnis. Denn es ist das Resultat einer sachlichen Prüfung des Gerichts, ob die Androhung den erwünschten Erfolg hatte oder nicht, nicht nur, ob die Straffestsetzung formell zulässig ist. Für den Fall des § 890 ist ausdrücklich das „Verurteilen", also Beschlußform, für die Straffestsetzung vorgeschrieben.

In allen Fällen der Zwangsvollstreckungsstrafe ist also die Straffestsetzung erst zulässig, wenn die Androhung vorausgegangen ist. Sie muß selbstverständlich dem Schuldner bekannt sein; dies wird durch die Zustellung präsumiert. Die Festsetzung darf also erst nach Prüfung der Zustellung erfolgen.

Es ist nun eine vielumstrittene und prinzipiell wichtige

---

[2]) Wie Schmidt S. 924 fordert.

Frage, ob die Androhung zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehört.[3])

Unzweifelhaft ist der Zweck der Androhung derselbe wie der der Strafen, nämlich die Erfüllung der Urteilsverpflichtung zu erreichen. Schon dieser Zweck allein zeigt, daß die Androhung mit zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehört. Denn daß sie selbst noch keinen Zwang darstellt, spricht nicht dagegen; die Erteilung einer Vollstreckungsklausel beim vorläufig vollstreckbaren Urteil gehört ebensogut zum Zwangsvollstreckungsverfahren, ohne daß sicher ist, daß sie einstmals zur Vollstreckung benutzt werden wird. Zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehört jede Tätigkeit, die darauf abzielt, das Urteil zur Vollstreckung zu bringen.

Nun ist allerdings in § 890 die Möglichkeit ausgesprochen, daß die Androhung schon im Urteil selbst enthalten ist. Demnach müßte also schon mit dem Urteil das Vollstreckungsverfahren dieses Urteils beginnen. Und darin liegt tatsächlich kein Widersinn.[4]) Insbesondere spricht auch der § 750, der die meisten hier irregeführt hat, nicht dagegen. Er besagt, daß die Zwangsvollstreckung nicht eher beginnen dürfe als mit der Zustellung des Urteils. Der Sinn dieser Vorschrift ist klar: dem Schuldner soll mindestens gleichzeitig mit der ihn in seinen Rechtsgütern treffenden Zwangsvollstreckung die Kenntnis von ihrem Grunde und Gelegenheit, ihre Berechtigung zu prüfen, gegeben werden. Aber von der Androhung wird der Schuldner ebensowenig in seinen Rechtsgütern getroffen als von der Erteilung der Vollstreckungsklausel. Sie ist bloß eine Feststellung einer bestimmten Rechtslage und richtet sich noch gar nicht gegen den Schuldner und seine Rechtsgüter. Sie ist nichts als eine Spezialisierung der in jedem Urteil nach der ganzen Gestaltung des Prozeßrechts liegenden Drohung: „Wenn du das Urteil nicht erfüllst, wird die Erfüllung erzwungen werden". Sie ist aber selbst noch nicht Zwangsmittel.[5])

Deshalb ist auch für die in besonderem Beschlusse erfolgende Androhung des § 890 Abs. 2 und des § 888 die vorherige Zu-

---

[3]) Dafür Gaupp-Stein § 890 II, 2; Petersen § 890 Note 4; Schmidt S. 925 Anm. 1; Kohler, Zivil. Arch. Bd. 80 S. 241 ff. § 5; Meyer, Zeitschr. Bd. 15 S. 486; RGE. Bd. 42 S. 419 im Gegensatz zu früheren Entscheidungen Bd. 20 S. 385, Bd. 37 S. 490; dagegen Falkmann § 44 III, 2; Planck § 191 Ba; Wilmowski-Levy § 775 Note 2; OLG. Dresden in Annalen Bd. 9 S. 189.

[4]) So auch Kohler, Zivil. Arch. Bd. 80 S. 241 ff. § 5.

[5]) A. M. Schmidt oben S. 7.

stellung des Urteils nicht erforderlich,[6]) obgleich die Androhung zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehört.

Eine weitere Konsequenz dieses letzteren Satzes ist die Anfechtbarkeit des Anordnungsbeschlusses durch sofortige Beschwerde. Dies ergibt sich aus den §§ 891 u. 793.[7]) Die im Urteil nach § 890 Abs. 2 enthaltene Androhung ist als Bestandteil des Urteils natürlich nur mit der Berufung anfechtbar.

Es ist nun die Frage, ob eine einmal erlassene Androhung fortdauernde Wirkung hat auch für die Fälle des Widerstands nach Festsetzung einer Strafe infolge des Widerstands, oder ob ihre Wirkung damit erschöpft ist, vor jeder neuen Festsetzung also jedesmal neue Androhung nötig ist.

Das letztere ist unzweifelhaft zu bejahen im Falle des § 888, wenn man der Meinung ist, daß in der Androhung die Bestimmung einer Frist, innerhalb deren der Schuldner handeln soll, enthalten sein müsse. Denn mit fruchtlosem Ablaufe der Frist führt die Androhung zwar zur Straffestsetzung, hat sich aber auch damit erledigt. Auf sie hin kann keine weitere Strafe erlassen werden, da ja ein Nichthandeln innerhalb der in der Androhung gesetzten Frist nach deren Ablauf nicht mehr möglich ist. Enthält aber die Androhung keine Fristsetzung, so hängt die Entscheidung von der Beantwortung der Frage ab: Kann die Androhung auch weiterhin ihren Zweck noch erfüllen, d. h. kann sie im Schuldner noch die Anstellung einer Erwägung bewirken, daß ihm im Falle weiteren Widerstands wieder dieselben Übel drohen?

Dies ist zu bejahen, wenn die Fassung der Androhung eine derartige ist, daß der Schuldner aus ihr diese Folgerung ziehen muß, z. B.: „Dem Schuldner wird aufgegeben, bei Vermeidung von Geldstrafen (von je 100 Mk., oder von 100 Mk. in jedem Übertretungsfalle) bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mk. oder von Haft ... zu handeln". Ist dies nicht der Fall, lautet z. B. die Androhung: „bei Vermeidung einer Geldstrafe von 100 Mk.", so wird man eine erneute Androhung fordern müssen, denn der Schuldner kann diese erste Androhung nicht anders verstehen, als

---

[6]) Ebenso wenigstens im Resultat: RGE. Bd. 20 S. 385, Bd. 37 S. 409; RG. im Sächs. Arch. 1891 S. 673; Planck § 191 Ba; Falkmann § 44; OLG. Dresden in Annalen Bd. 9 S. 189; a. M. Kohler, Zivil. Arch. Bd. 80 S. 241 ff. § 5; Schmidt S. 925 Anm. 1; Petersen Note 4 zu § 890.

[7]) So auch Meyer in Zeitschr. Bd. 15 S. 477 ff.; Petersen Note 4 zu § 890; a. M. RGE. Bd. 37 S. 490 ff. und die dort angeführten Entscheidungen, widerrufen durch Entscheidung der vereinigten Zivilsenate in RGE. Bd. 42 S. 419, die die Androhung als zur Zwangsvollstreckung gehörig ansehen.

daß ihn nur diese eine Geldstrafe im Falle des Widerstands treffen wird.

Das Gesetz enthält nun keine Bestimmung über die Fassung der Androhung; man kann auch aus allgemeinen Grundsätzen keine als die allein richtige hinstellen. Es ist nur zu bedenken, daß die Konsequenzen der verschiedenen Fassung verschieden sind.

Es läßt sich insbesondere nicht als im Gesetze liegender Grundsatz aufstellen, daß die Androhung fest bestimmte Strafen enthalten müsse.[8]) Für den Fall des § 888 erscheint dies ja allerdings insofern zweckmäßig, als das Widerstreben gegen die Urteilsverpflichtung, das Nichthandeln, durch die Negative inhaltlich fest begrenzt ist und kein Maß für die Intensität des schuldnerischen widerstrebenden Willens abgeben kann. Deshalb kann man hier von vornherein ein festes zur Durchführung der Willensbeugung genügend erscheinendes Strafmaß festsetzen. Dagegen im Falle des § 890 wird meist im voraus noch nicht feststehen, in welcher Weise und unter welchen Umständen der Widerstand, das Handeln, vor sich gehen wird und wie stark sich dabei der widerstrebende Wille des Schuldners zeigen wird. Dies sind aber Momente, die das anzuwendende Maß des Druckes auf den Willen wesentlich beeinflussen werden. Deshalb ist hier nicht erforderlich, wenn auch zulässig, von vornherein in der Androhung eine fest bestimmte Strafe für den Fall jedes Handelns einzusetzen. Die Androhung des Höchstmaßes und der Strafart genügt.[9]) Vielmehr ist es hier zweckmäßig, ein Höchstmaß anzudrohen und in jedem einzelnen Falle des Widerstands je nach dessen Umständen erst eine feste Strafe zu wählen. Wegen der beständig dauernden Gefahr weiteren Zuwiderhandelns im Zusammenhang mit dem soeben Ausgeführten ist die Fassung der Androhung hier so zu wählen, daß daraus unzweideutig die Geltung der Androhung für alle zukünftigen Widerstände ersichtlich ist.[10])

Fraglich ist es, ob die in einem Prozeßvergleich übernommene Verpflichtung zu einer Handlung oder Unterlassung mit Unterwerfung unter eine Strafe im Widerstandsfalle ohne vorherige weitere Androhung durch Festsetzung und Vollstreckung der Strafe im Wege der §§ 888, 890 erzwungen werden kann. Dies ist zu verneinen. Es ist nicht gerechtfertigt, daß der Staat als Rechtsschutzgewalt eine so tief ins Rechtsleben einschneidende Maßregel,

---

[8]) A. M. Isaak a. a. O. S. 634.

[9]) So auch Struckmann-Koch Anm. 3 zu § 890; Gaupp-Stein § 890 Note II, 2; Petersen § 890 Nr. 4; RGE. Bd. 36 S. 420; OLG. Colmar im Recht Bd. 10 S. 1323; a. M. Seuffert § 890 Note 2b.

[10]) So auch Petersen Note 4 zu § 890.

wie Erzwingung eines bestimmten Verhaltens durch Strafen, der Privatvereinbarung überläßt und sich nur als deren Werkzeug willenlos ihren Wünschen fügt. Die Androhung ist vielmehr, wie das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden [11]) richtig sagt, eine Maßregel zur Abwendung von Rechtsverletzungen, die in der Justizhoheit ihren Grund hat. Der Gläubiger muß also eine gerichtliche Androhung erwirken, ehe er die Strafe auferlegen lassen kann. Die Grundsätze der Androhung zur Erzwingung einer Urteilsverpflichtung gelten auch hier.[12])

§ 8.

Einzelfragen des Verfahrens.

In folgendem sollen noch einige Fragen des Verfahrens, soweit ihre Beantwortung Konsequenzen der hier vertretenen Auffassung der Zwangsvollstreckungsstrafen enthält, kurz erörtert werden. [1])

Das Verfahren bezweckt wie das ganze Zwangsvollstreckungsverfahren lediglich die Durchführung privatrechtlicher Ansprüche. Also nur der Gläubiger, nicht etwa der Staat hat ein Interesse an der Erfüllung der Urteilsverpflichtung und damit an der Auferlegung von Strafen. Der Staat stellt nur dem Gläubiger seine Kräfte zur Verfügung. Daher kann hier nicht von einem Strafanspruch des Staates gesprochen werden, da keine kriminell strafbare Handlung vorliegt.

Aus denselben Gründen ergibt sich auch, daß das Verfahren dem auch im übrigen zivilprozessualen Verfahren geltenden Parteibetriebe unterliegt. Insbesondere gilt auch hier der Satz: ne procedat iudex ultra petita partium.

Also hat über Beginn und Fortführung des Zwangsverfahrens, über Erlaß und Zustellung der Androhung, die Festsetzung der Strafe, deren Zustellung und die Vollstreckung allein der Wille des Gläubigers zu entscheiden. Zur Ausführung der betreffenden Akte bedarf es also seines ausdrücklichen Antrags.

Der Wille des Gläubigers wird auch für die Wahl der anzudrohenden Strafen insofern gelten, als das Gericht nicht Haft

---

[11]) Annalen Bd. 8 S. 286.

[12]) vgl. auch OLG. Breslau im Sächs. Arch. 1903 S. 483; RGE. Bd. 40 S. 413.

[1]) Wegen der vielfach abweichenden Meinungen, die sich aus der abweichenden Anschauung der Strafnatur ergeben, vgl. die Kommentare, insbes. Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Wilmowski-Levy, Seuffert.

als das schlimmere Übel androhen darf, wenn nur Geldstrafe beantragt ist. Ebenso wird es nicht das Maß der beantragten Strafe überschreiten dürfen. Denn wenn der Gläubiger glaubt, damit den beabsichtigten Zweck erreichen zu können, so hat das Gericht kein Interesse, trotz Erkenntnis von der Unzulänglichkeit des Zwangsmittels darüber hinauszugehen.

Dem Gericht liegt die Prüfung der gesetzlichen und tatsächlichen Voraussetzungen ob. Es hat ferner die Interessen des Schuldners insofern wahrzunehmen, als es darüber zu wachen hat, daß die Anwendung der Strafen nicht zu unnötiger Schikane führt. Es ist insbesondere nicht an das Maximum der beantragten Strafe gebunden, ebensowenig an die beantragte Haftstrafe, wenn ihm Geldstrafe als genügend erscheint.

Die Festsetzung beider Arten von Strafen nebeneinander ist nicht zulässig. Ebensowenig ist die Umwandlung einer nicht beizutreibenden Geldstrafe in Haftstrafe möglich, da hier die dafür im Strafrecht maßgebenden Gründe nicht in Betracht kommen. Denn hier ist die Möglichkeit gegeben, wenn die Androhung und Festsetzung der Geldstrafe allein noch nicht gewirkt hat, wenn sich also der widerstrebende Wille wieder zeigt, durch Haftstrafen ihn zu beugen.[2]) Das muß auch für den § 890 gelten.

Unzweifelhaft ist die wiederholte Anwendung der Strafen mit der in § 888 bezüglich der Geldstrafen gemachten Einschränkung gestattet. Die „Gesamtstrafe" des § 890 kann nur in dem Sinne der Gesamtstrafe des Strafgesetzbuches verstanden werden, also als Folge mehrerer vorausgegangener Handlungen. Nach ihrer Auferlegung steht im Falle weiteren Widerstands einer erneuten Auferlegung der Strafe nichts im Wege.

Die Vollstreckung der Haftstrafe erfolgt auch für den Fall des § 890 nur nach den Bestimmungen der §§ 904—911 ZPO., da es sich hier ebenso wie bei der dort zur Erzwingung des Offenbarungseides bestimmten Haft nur um ein Zwangsmittel, nicht um eine Strafe handelt.

Die Geldstrafe kommt dem Fiskus zugute allein aus dem Grunde, weil sie irgendwohin kommen muß und dem Gläubiger nicht zufallen kann, aber nicht, weil der Staat einen Strafanspruch hätte.

Eine Vollstreckung der Geldstrafe ins Vermögen der Erben wie im Strafgesetzbuche ist natürlich ausgeschlossen, da sie ihren einzigen Zweck, die Willensbeugung, nach Wegfall des Willensträgers gar nicht mehr erreichen kann.

---

[2]) vgl. Wach Bd. 1 S. 276 Anm. 21: „§ 774 (= 883) gestattet nicht nur alternative, sondern auch sukzessive Anwendung von Haft und Geldstrafe".

Aus der Natur der Strafen als Zwangsmittel lediglich im Interesse des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers ergibt sich, daß der Gläubiger auf sie verzichten kann.[3]) Dies muß auch der Fall sein, wenn die Strafe bereits rechtskräftig festgesetzt worden ist. Denn sie ist bis zuletzt nur ein Zwangsvollstreckungsmittel, dessen Anwendung mit dem Wegfall des Gläubigerinteresses nicht mehr gerechtfertigt ist.

---

[3]) So Kohler, Arch. Bd. 80 S. 256; für die Strafe des § 888 RGE. Bd. 53 S. 181.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.